



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0156/13, BALAT)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de enero de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0156/13, BALAT, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ALQUILABAT, S.L. (BALAT) contra la resolución de la Dirección de Competencia de 16 de octubre de 2013, por la que se acuerda que determinada documentación recabada durante la inspección en la sede de BALAT, sobre la que se había invocado la protección de las comunicaciones abogado-cliente, no se encuentra amparada por dicha protección y debe ser incorporada al Expediente S/0481/13, Construcciones Modulares.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Al amparo de la Orden de Investigación de 16 de septiembre de 2013, los días 18 y 19 de septiembre se llevó a cabo la inspección de la sede de BALAT. Durante la misma, la representación legal de BALAT comunicó al Jefe del Equipo de inspectores que entre la documentación recabada se encontraba, tanto en formato papel como electrónico, determinada documentación de naturaleza confidencial, por tratarse de comunicaciones entre cliente y abogado externo. A solicitud de BALAT la documentación controvertida se introdujo en un sobre cerrado y precintado. El

segundo día de la inspección el Jefe del Equipo procedió a la apertura del sobre con objeto de realizar un somero análisis de la documentación contenida. Tal como refleja el Acta de Inspección, el Jefe del Equipo consideró que *"no consta que dicha información [...] haya sido comunicada a un abogado externo de la empresa por lo que considera que en ningún caso la citada información podría estar protegida por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente"* (punto 58). Por ello, se procedió a realizar una copia de la documentación controvertida, que se introdujo en un sobre con precinto n° 1803, para ser trasladada dicha información por el equipo de inspección a la sede de la CNC, otorgando a BALAT un plazo de cinco días para presentar alegaciones.

2. El 25 de septiembre de 2013 tuvo entrada escrito de la representación de BALAT en el que se solicitaba que la documentación contenida en sobre sellado con n° de precinto 1803 fuera declarada amparada por el principio de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, que no se accediera a tal documentación, procediendo a su devolución a la empresa.
3. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/12013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.
4. El 16 de octubre de 2013 la DC comunicó a la representación de BALAT resolución de 14 de octubre de 2013 en la que negaba el amparo derivado del principio de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente a la documentación controvertida, y se señala que, al estar relacionada con el objeto de la investigación descrito en la Orden de Investigación de 16 de septiembre de 2013, no procedía su devolución, debiendo incorporarse al expediente S/0481/13, Construcciones Modulares.
5. Con fecha de 28 de octubre de 2013 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de la misma fecha en el que la representación de BALAT interpuso recurso frente a la citada resolución de la DC de 16 de octubre de 2013, en el marco del expediente S/0481/13.
6. Con fecha 29 de octubre de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del

recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.

7. Con fecha 5 de noviembre de 2013, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por BALAT.
8. Con fecha 25 de noviembre de 2013, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso de BALAT, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. Transcurrido el plazo concedido BALAT no ha presentado alegaciones.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de enero de 2014.
11. Es interesada en este expediente de recurso ALQUILABAT S.L. (BALAT).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 LDC prevé que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra la resolución de la DC por el que se acuerda que determinada documentación recabada durante la inspección en la sede de BALAT, sobre la que ésta había invocado la protección de las comunicaciones abogado-cliente, no se encuentra amparada por dicha protección y debe ser incorporada al Expediente S/0481/13 (Construcciones Modulares).

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que declare la nulidad de la citada resolución de la DC. BALAT considera que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por lesionar el ejercicio de su derecho de defensa (art. 24 de la Constitución). Dicha nulidad se sustenta, conforme a la argumentación de la recurrente, en dos motivos. En primer lugar, la resolución de la DC ponderaría incorrectamente los distintos derechos constitucionales en juego: la jurisprudencia nacional considera que el principio de la confidencialidad abogado-cliente constituye un complemento necesario para el pleno desarrollo del ejercicio del derecho de defensa y, por lo tanto, elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental posee una especial protección frente al resto de los derechos reconocidos por la Constitución. En caso de colisión entre un derecho fundamental y un derecho constitucional, como la libertad de empresa del art. 38 CE, es necesario ponderar adecuadamente la limitación sobre el derecho fundamental. En segundo lugar, siempre conforme a los razonamientos de BALAT, la resolución interpreta erróneamente la jurisprudencia comunitaria y nacional sobre la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Así, la DC estaría exigiendo el cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para considerar que la documentación sea confidencial; asimismo, la DC exigiría con carácter adicional una prueba diabólica que impide a BALAT demostrar que la documentación es confidencial.

Por todo ello, BALAT solicita asimismo que el Consejo, además de declarar la nulidad de la resolución de 16 de octubre de 2013 recurrida, declare que la documentación controvertida se encuentra amparada por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, acuerde el no acceso de la CNMC a la citada documentación y proceda a devolver a BALAT dicha documentación. Igualmente, BALAT solicita que se suspenda la resolución recurrida hasta la resolución del recurso, en el sentido que se impida a la DC proceder a la apertura del sobre que contiene, bajo precinto, la documentación que BALAT considera confidencial.

En su informe de 5 de noviembre de 2013, la DC sistematiza y diferencia los motivos de impugnación, concluyendo que el recurso debe ser desestimado dado que, a la vista

de la alegaciones y los documentos presentados, la empresa no ha acreditado que la información controvertida fuera elaborada o redactada con el único fin de solicitar asesoramiento jurídico a un abogado. La DC aclara asimismo que no es necesaria la suspensión requerida para impedir su acceso a la documentación discutida, dado que no accederá a la misma hasta la resolución del presente recurso.

La DC señala que no pondera erróneamente los derechos fundamentales de BALAT, sino que considera que no ha probado suficientemente la relación de la documentación discutida con el ejercicio del derecho de defensa. Ni la lectura somera realizada durante la inspección sobre la documentación precintada ni las alegaciones y documentación presentadas posteriormente por BALAT permiten presumir que la información controvertida fue elaborada por BALAT con el propósito de ser remitida a su representante legal.

La DC indica asimismo que no rechaza la prueba indiciaria, sino que considera que no constan plenamente acreditados los indicios y no es posible deducir de los mismos que la información se elaboró exclusivamente para pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa, como exige la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, asuntos T-125/03 y 253/03, AKZO). No se trata de que la DC exija requisitos adicionales a los indicados en la jurisprudencia citada, sino la aportación de prueba suficiente por la empresa sobre la elaboración de la documentación controvertida con el único fin de su remisión a su abogado.

Recuerda la DC que la jurisprudencia nacional que alega la recurrente (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 2012) únicamente se refiere a comunicaciones *efectivamente* realizadas entre abogado y cliente. En el presente caso BALAT reconoce que la información no fue efectivamente trasladada a su representante legal, indicando únicamente que dicho documento era preparatorio y tenía por objeto reunir, tras la solicitud de su representante legal, suficiente información para su defensa.

La DC precisa en su informe que la jurisprudencia comunitaria (STPI de 17 de septiembre de 2007, ya citada) considera protegidos los documentos preparatorios elaborados exclusivamente para pedir asesoramiento legal a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa. La protección no se extiende a documentos o información preexistente ni tampoco a cualquier documento discutido con un abogado. En todo caso, incumbe a la empresa la carga de probar que los documentos fueron redactados con el único fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado, lo que debe deducirse inequívocamente del contenido de los propios documentos (actualmente precintados) o del contexto en el que éstos hayan sido preparados y localizados. En el presente supuesto, al no poder acceder al contenido de la documentación precintada, la DC estima que, del contexto alegado por la empresa, no se puede concluir inequívocamente que dicha documentación se elaboró exclusivamente para pedir asesoramiento jurídico.

Siguiendo la jurisprudencia comunitaria la DC considera que la confidencialidad abogado-cliente supone una excepción a las facultades de inspección de la autoridad de competencia y debe interpretarse restrictivamente. Destaca finalmente la DC en su informe que, pese a ser preguntada al efecto durante la inspección para que identificara cualquier documentación de tal naturaleza, BALAT no manifestó que la información contenida en el cuaderno debía quedar protegida por la confidencialidad abogado-cliente hasta que fue seleccionada por el equipo inspector por contener información relacionada con los hechos objeto de investigación.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por BALAT supone verificar si el acto recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La recurrente identifica expresamente los motivos en los que basa su recurso con la indefensión prevista en el artículo 47 de la LDC como causa de impugnación de los actos de la DI, sin realizar ninguna alegación específica relativa a la posible producción de perjuicio irreparable, más allá de la consideración como perjuicio de muy difícil reparación el propio acceso a la información, en cuanto que supondría una vulneración de derechos constitucionales básicos. Por tanto, la presente resolución debe limitarse al examen de la posible vulneración del derecho de defensa de BALAT.

A este respecto, la recurrente considera que tal vulneración del derecho de defensa se habría producido a través de una doble vía: primero, con motivo de la copia por el equipo de inspectores de la DI a información y documentos protegidos por la confidencialidad abogado-cliente y, segundo, al no reconocer tal condición respecto de dicha documentación y resolver su incorporación al expediente S/0481/13, Construcciones modulares.

Antes de iniciar el análisis sobre la concurrencia de tal alegada infracción, cabe hacer remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en Resolución de 23 de septiembre de 2013 (Expediente R/0148/13, RENAULT) en la que se declara que *"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses"* señalando que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la jurisprudencia constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (SSTC 71/1984, 64/1986).

En el presente caso, los documentos controvertidos consisten en (i) un fichero Excel en formato electrónico titulado “CNC.xls”, creado el 17 de septiembre de 2013, que recoge ciertos hechos previamente anotados manuscritamente por el Director General de BALAT en formato papel; (ii) la copia de estas anotaciones manuscritas; (iii) la impresión en papel del fichero “CNC.xls”; (iv) la impresión realizada el 16 de septiembre de 2013 de determinada información almacenada en un programa informático de la empresa; (v) una cadena de correos electrónicos de 16 y 17 de septiembre de 2013, cuyo destinatario último es el administrador de la empresa y se refieren a hechos reflejados en las notas manuscritas. Asimismo, en el sobre sellado con nº de precinto 1803 se incluyó, a petición de BALAT, la autorización de representación legal que realiza la empresa, por considerar ésta que la presencia de este documento entre la documentación suelta contenida en el cuaderno es relevante para la determinación de la protección del resto de documentación por su carácter de información privilegiada.

De conformidad con el Acta de inspección, el equipo inspector solicitó antes del inicio mismo de la inspección material la colaboración de la empresa para la localización e identificación de información contenida en comunicaciones abogado-cliente que pudiera afectar al derecho de defensa de la empresa, para que, tras un análisis por el equipo de inspección, y si éste así lo consideraba procedente, dichos documentos no fueran incorporados a la información inicialmente recabada (punto 19 del Acta). Asimismo, el Acta constata que, preguntados los directivos de la empresa por la existencia de documentos informáticos relacionados con la confidencialidad abogado-cliente, con objeto de no recabarlos, únicamente el Director General de la empresa identificó al equipo inspector la existencia de correos electrónicos intercambiados con un abogado externo. El equipo inspector constató que no se habían seleccionado correos electrónicos con origen o destino al abogado externo indicado por el Director General de la empresa o con su despacho de abogados. También se constató la inexistencia de referencias al citado representante legal o su despacho en el contenido de los correos electrónicos seleccionados.

Conviene recalcar, tal como recoge el Acta de Inspección (punto 11), que el Director General de la empresa mantuvo conversación telefónica con el abogado externo de la misma, especialista en Derecho de la competencia (tal como se indica en el punto 37 del recurso), con anterioridad al inicio de la inspección, en la que recibió asesoramiento relativo a la presencia del equipo inspector en la sede de la empresa. Una sucesiva comunicación entre Director General y abogado externo se produjo en presencia de los inspectores, sin constar el contenido de la misma (punto 16 del Acta). Se trata de dos oportunidades claramente propicias para que la identificación de información contenida en comunicaciones abogado-cliente pudiera haber sido oportunamente realizada por la empresa. La inspección del despacho del Director General de la empresa, donde se recabó la documentación controvertida, se realizó en presencia de éste y una vez llevadas a cabo las comunicaciones con el abogado externo recién mencionadas (punto 31 del Acta).

La información aportada por la recurrente acredita que, como señala la DC en su resolución de 14 de octubre de 2013, tras la incoación de expediente sancionador el 5 de septiembre de 2013, BALAT contactó el 12 de septiembre con un despacho de

abogados, al que apoderó el 17 de septiembre de 2013. En correo remitido por el Director General de la empresa a su representante legal, se le señala que en una fecha sin especificar *“te llevaré la mayor información que hayamos podido obtener en estos días”*. No obstante, la documentación controvertida no ha sido finalmente comunicada a su representante legal.

A la luz de los antecedentes analizados, este Consejo no puede sino coincidir con la conclusión alcanzada por la DC en su informe de 5 de noviembre de 2013, en el sentido de que BALAT no ha acreditado el carácter de información confidencial abogado-cliente de la documentación controvertida.

Resulta incontrovertible que se trata de información interna de la empresa, recabada en un cuaderno propiedad del administrador de BALAT y en un fichero Excel recabado también del ordenador de dicho directivo. No obstante, la recurrente no aporta elementos de juicio suficientes para avalar el argumento de que los documentos controvertidos, además, hubieran sido redactados con el único fin de requerir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa, y ello no ha podido deducirse inequívocamente del contenido de los propios documentos, en el examen somero realizado durante la inspección, ni del contexto en el que éstos fueron localizados.

La carga que pesa sobre la empresa de probar que la documentación controvertida se corresponde con documentación amparada por el privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado externo y cliente, es una manifestación clara de la necesidad de conciliar los derechos de las empresas investigadas con la eficacia de la labor inspectora y los poderes de investigación de la CNMC y, en último término, con el interés público en la protección de la libre competencia. El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, sentencia de 27 de abril de 2012) ha refrendado que quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente tiene la carga de invocar dicha protección e identificar de forma individualizada y motivada cada uno de los documentos que quedarían cubiertos por el privilegio legal.

En este sentido se enmarca la precisión de la DC que la recurrente sintetiza como que *“no se han aportado elementos de prueba que acrediten [i] que efectivamente el representante legal de la empresa solicitó esta información a su representado, [ii] ni que la información sobre la que se ha invocado la protección fue elaborada con ese propósito, [iii] ni que ésta coincida con la información a la que se refiere el correo electrónico de 17 de septiembre de 2013”*. No se trata, como señala la recurrente, que la DC exija el cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos por la jurisprudencia para considerar que la documentación sea considerada confidencial, sino que, en ausencia de otros rasgos que permitían reconocer en la documentación controvertida ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa, tampoco concurren en este caso los elementos sugeridos por la DC como indicativos de esa naturaleza confidencial.

Este Consejo coincide evidentemente con la tesis de la recurrente relativa a la debida protección de la correspondencia mantenida entre empresa y abogado externo con la

finalidad de la preparación de su defensa jurídica con respecto al objeto del procedimiento. Y, efectivamente, tal confidencialidad se extiende también a las notas preparatorias realizadas por la empresa cuando se demuestre que se elaboraron con el objetivo concreto y específico de preparar la consulta al abogado externo que luego resultará debidamente protegida. No obstante, en este supuesto no se ha conseguido demostrar, por quien está en la mejor posición para hacerlo, que los documentos controvertidos se elaboraran con el objetivo concreto y específico de preparar la consulta al abogado externo. Además, concurre en la valoración de los hechos una explicación alternativa perfectamente razonable y plausible respecto del origen, objetivos y finalidad de cada uno de los documentos controvertidos, mientras que faltan suficientes elementos que manifiestamente respalden la tesis de la recurrente sobre su naturaleza privilegiada.

CUARTO.- Otras consideraciones.

BALAT solicita que se suspenda la resolución recurrida hasta la resolución del recurso, en el sentido que se impida a la DC proceder a la apertura del sobre que contiene, bajo precinto, la documentación que BALAT considera confidencial.

Tal como aclara la DC en su informe, la interposición del recurso ha dejado en suspenso la incorporación de la documentación controvertida al expediente S/0481/13 Construcciones Modulares, y tal incorporación no se producirá, y con ella el acceso de la DC a la misma, hasta la resolución y notificación a BALAT de este recurso. El propio “procedimiento del sobre lacrado”, consistente en incluir la documentación en cuestión en un sobre cerrado y precintado, supone el compromiso de no acceder al mismo hasta que la cuestión sobre la necesidad de protección del documento se haya resuelto.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ALQUILABAT, S.L. contra la resolución de la Dirección de Competencia de 16 de octubre de 2013, por la que se acuerda que determinada documentación, recabada durante la inspección en la sede de ALQUILABAT, S.L., no se encuentra amparada por la protección de las comunicaciones abogado-cliente y debe ser incorporada al Expediente S/0481/13 (Construcciones Modulares).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.